FRUCTUS REI PIGNORATAE NOMINATIM NON PIGNORATI HYPOTHECARIA ACTIONE PETI NON POSSUNT.

DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

CONSENSU ET AUCTORITATE

ILLUSTRIS JURECONSULTORUM ORDINIS

IN

ALMA LITERARUM UNIVERSITATE GRYPHISWALDENSI

OB

SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES

DIE XXX. MENSIS JUNII ANNI MDCCCLXVI

IN SE COLLATOS

1866

EDIDIT AUCTOR

Dr. PAULUS BROICHER,

RHENANUS.

GRYPHISWALDIAE,

TYPIS FRID. GUIL. KUNIKE REG. ACAD. TYPOGR.

MDCCCLXVI.

PATRI DILECTISSIMO

HASCE

STUDIORUM PRIMITIAS

PIO GRATOQUE ANIMO

D. D. D.

FILIUS.

Caput I.

§. 1.

Sunt partes juris civilis quarum cultura nunquam ad certum finem perduci posse videatur. Quibus haud dubie adnumeranda sit doctrina de fructibus rei pignoratae, ex qua deprompta est quaestio illa, de qua disserere nobis in proposito est. — Quae enim studia impensa invenies eruendae fructuum in re pignorata conditioni, quae doctissima ad interpretandas leges, quae circa hanc quaestionem versantur, ab antiquioribus [1]) recentioribusque [2])

1) Inter antiquiores scriptores, qui doctrinae de fructibus rei pignoratae operam navarunt, praecipue nominandi sunt A. Faber in erroribus pragmaticorum pars 4 decas 93 error 1—4 et Bachoven in exercitationibus ad Fabri errores ad l. c.

2) Nostris temporibus primus Warnkoenig pluribus de quaestione nostra disseruit in Archiv für civilistische Praxis vol. 22 tract. 15, quo loco etiam principales priorum sententias invenies. Post quem de hac re scripserunt: Francke, Von den Früchten des Pfandes in Archiv für civilistische Praxis vol. 30 tract. 6. p. 151 sqq.

Huschke in Zeitschrift für Civilrecht und Process vol. 20. pag. 261 sqq. (cf. etiam in ejusdem libro Studien des römischen Rechts vol. 1. tractat. de Salviano interdicto pag. 368 sqq.)

L. Wittgenstein, Quatenus rei pignoratae fructus creditori teneantur? Dissertatio inauguralis. Berolini 1858.

scripta elaborata sunt — manet controversia, manet desiderium veritatis. Neque ab recentissimo auctore Jankio[3], quid de jure creditoris in rei pignoratae fructus librum conscripsit, controversias remotas et rem sufficienter explicatam esse, juris periti conquesti sunt[4]. Quum neque pignoris neque fructuum causa dubia sit, mirum videtur, in re tam simplici scriptorum sententias in diversas discedere partes. Disceptatur autem quum de aliis quaestionibus, tum de ea, num conventione, qua in re frugifera constituitur pignus vel hypotheca, efficiatur, ut etiam in fructibus, qui conventionis tempore futuri tantum sunt, sive pendentes, sive prorsus nondum orti, post separationem factam jus pignoris hypothecaeve tacite oriatur.

Quoniam generalis est regula[5], de iis tantum rebus pignorandis juste convenire aliquem posse, quae conventionis tempore in bonis ejus sint, vel dubitari potest, an facta de futuris fructibus pignorandis expressa conventio valeat. Per se autem intelligitur, de tacito fructuum pignore non prius sermonem esse posse, quam constet expressa de iis conventione eos pignorari posse, quam ob rem

---

3) Janke, Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers. Erlangen 1864. pag. 230 sqq.

4) Cf. ex. gr. Vangerow, Pandecten (1863) vol. 1. pag. 827 i. f.; Litterarisches Centralblatt. vol. 22, 3; Neues Magazin für hannoversches Recht. vol. III, 1.

5) l. 23 D. d. probatt. 22. 3; c. 6 C. si res alinea 8, 16; l. 11 §. 3 D. qui pot. in pign. 20, 4. cf. Huschke, Zeitschr. l. c. pag. 176.

ad illam quaestionem decidendam hoc prius nobis certum constituendum esset. Sed, quum ex legibus [6]) satis exploratum putemus, fructus, etsi nondum in rerum natura sint, pignori dari posse, hanc quaestionem in medio relinquere et alteram tantum, num fructus rei pignoratae tacite pignorati sint, tractare in animo est. Cujus controversiae naturam si accuratius inspicias, persuasum tibi habebis, non necessaria juris ratione coactos Romanarum legum conditores constituisse, ut jus pignoris in fructibus tacite oriretur, quod quidem in scriptis eorum probatum esse dicitur. Inveniuntur enim in corpore juris civilis nonnulli loci de fructibus rei pignoratae, quorum, quum propter magnas sermonis difficultates non accuratius cognoscantur neque inter se congruere videantur, varia existit interpretatio [7]).

Sunt, qui sentiant, fructus separatos ex legibus nostris partium loco habendos esse [8]), quae si recta est sententia, consectarium erit, ut, quum individuum

---

6) l. 15 pr. D. d. pignorr. 20, 1; l. 11 §. 3 D. qui pot. in pign. 20, 4. cf. etiam: Warnkoenig in Archiv f. civ. Prax. vol. 22 pag. 409 et 416. Huschke l. c. pag. 260 et 261. Francke in Archiv f. civ. Praxis vol. 30 pag. 180—182.

7) Leges, quae ad nostram quaestionem referri solent, sunt: l. 18 §. 2 et 3 d. pign. act. 13, 7: l. 1 §. 2 D. d. pignorr. 20, 1; l. 15 p., l. 18 §. 4, l. 21 §. 2, l. 26 §. 2, l. 29 §. 1 eod., l. 22 §. 2 d. pign. act. 13, 7; l. 1 p. D. d. Salv. int. 43, 33; 3 C. i. quib. caus. pign. 8, 15; c. 1 C. d. part. pign. 8, 25; Paul. Rec. Sent. II, 5 §. 2.

8) Savigny, Recht des Besitzes §. 22 a. I. (5. Auflage. pag. 270 sqq.)

esse pignoris jus legibus dicatur [9]), fructus a re pignorata separati non minus pignorati sint cum ipsa re, quam a domu pignorata secreti lapides simul cum ipsa domu vel a statua pignorata disjunctum bracchium simul cum ceteris statuae partibus [10]). At sententia illa fructus separatos partium loco habendos esse, sicut nulla lege probatur, ita desumtis ex ipsis legibus argumentis reprobari potest, ac quamquam ex l. 44 D. d. R. V. 6, 1 *„fructus pendentes pars fundi esse videntur“*, separationis tamen (ut ait Backe [11])) ea est vis, ut removeat illam, quae inter rem frugiferam ejusque fructus, quamdiu hi pendent, intercedit, juris societatem [12]).

Secundum quae si merito contenditur, necessarium non esse, ut fructus separati semper tacite simul cum re frugifera teneantur, quia partes ejus sint, tamen sunt [13]), qui sentiant, fructibus talem in legibus illis tribui naturam, quae efficiat, ut post rem frugiferam pignoratam separati pari modo atque

---

9) c. 1 C. d. luit. pign. 8, 31; cf. etiam c. 1 et 2 C. si unus ex plur. her. 8, 32.

10) Hoc etiam Backe probat. (Bonae fidei possessor quem admodum fructus suos facit) p. 100 §. 40—42.

11) l. c. p. 93 §. 9.

12) cf. l. 10 §. 2 d. usurpp. et usucapp. 41, 3, cujus verba in fine haec sunt: — *„nec enim esse partum rei furtivae partem. Ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emtorem peperisset, usucapi poterat.“*

13) Huchke, Zeitschr. l. c. p. 277; Franke l. c. p. 161. Bachofen, das röm. Pfandrecht vol. I p. 154; Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts I. p. 438 sqq.; Vangerow, Pand. I. p. 824 multique alii.

res frugifera sint pignorati atque ex hoc ipso fructuum pignore creditori hypothecaria actio competat.

Alii[14]), quum leges supra laudatas sequantur, contrariam iis vim ac sensum inesse putant atque contendunt fructus, nisi eos quoque pignori esse, nominatim convenerit, hypothecaria actione peti non posse.

Prior illa opinio est quidem paene communis gaudetque multorum scriptorum auctoritate, sed altera, quum rei ipsius naturae utique consentanea, tum etiam in locis illis videtur esse fundata. — Jam age haec ipsa ea est sententia, quam denuo defendere hac disputatione constitui. — Me quidem gravitas et difficultas quaestionis propositae non fugiunt, sed persuasio veritatis haud exigua est, et haec semel percepta animo retineri nequit.

In explananda sententia mea maxime rei naturae consentaneum videbatur, primum ut juris rationem in fructibus pignorandis statuerem, deinde transirem ad interpretandos illos locos, qui gravissima continent quaestionis nostrae extricandae argumenta.

---

14) Warnkoenig, l. c. p. 404 sqq.; Puchta, Pand. §. 203 not. f.; Janke l. c. p. 232 sqq.; Backe l. c. p. 118 sqq.

§. 2.

Fructuum rei pignoratae quaestio duplicem[15]) continere videtur rationem, quarum altera ad intentionem hypothecariae actionis, altera ad officium judicis de hac actione cognoscentis pertinet. Namque quaeritur an intentio ejus, cui res frugifera pignori data est, in persequendo hoc ipso pignore fructus quoque rei pignoratae complecti possit. Et aeque quaeritur, an officio judicis de restituenda re pignorata apellati contineatur de fructibus quoque restituendis arbitrari. Neque erraret, qui dicat, duas esse et separandas quaestiones, quum rationes, quibus utatur creditor in persequendis fructibus hypothecaria actione, e jure pignoris ducendae sint, arbitrium vero judicis de fructibus quoque rei pignoratae pronuntiantis e natura actionis hypothecariae, quam arbitrariam[16]) esse docti sumus, pendeat. — Quare caveamus ne illa, quae de libero arbitrio judicis de hypothecaria actione cognoscentis dicta responsaque inveniuntur in corpore juris civilis, temere applicemus ad explanandam pignoris quaestionem. Alia est causa fructuum juri

---

15) Cf. Dernburg, Pfandrecht pag. 439. Hoc discrimen et antiquiores scriptores et recentiorum Glück (Comment. der Pandecten) vol. 18, pag. 350. omnino neglexit.

16) Cf. §. 31. Inst. de action. (4. 16)

pignoris subjectorum, alia causa rei pignoratae, quam creditor exigendi debiti causa persequitur. Nam quum in arbitrariis actionibus id demum agatur, ut is cum quo agitur, actori satisfaciat[17]), officio judicis continetur, fructus rei pignoratae, quam creditor exigendi debiti causa persequitur, non quia una cum re ipsa pignorati sunt, sed quia ad causam rei pignoratae pertinent, cujus quasi suppletum[18]) faciunt, actori adjudicare.

Condemnatio de fructibus nullo alio nititur fundamento, quam officio judicis, cui inest, non solum rem ipsam, quam debitor specialiter pignori dedit, sed etiam causam ejus, licet in pignoratione comprehensa non esset, condemnationi subjicere, ut actori satisfiat. Scimus enim, in judicio de pignoris persecutione considerandum esse, quid in ea re, quae pignori data est, debitor habuerit[19]) ex quo sequitur, ut fructuum ratio habenda sit, qui eo tempore, quo creditor debitum exigere potuisset, debitoris fuerunt. Judex qui ita pronuntiat, Praetoris in proponenda hypothecaria sequitur intentionem, quam cum Huschkio[20]) in fictione conditam esse credimus, creditorem, ut debitum e re pignorata exi-

17) Cf. §. 31 J. de action. 4. 16.

18) Cf. Dernburg loc. cit. pag. 439. Tom I.

19) Cf. l. 3. §. 1 D. de pignor. 20. 1; l. 18 ibid. l. 20. D. de rei vindic. 6. 1, ubi dicitur de rei vind. „*ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset.*“

20) Huschke in „Zeitschrift für Civilrecht und Process“ vol XX. pag. 180.

geret, in locum debitoris succedere sive jus exercere, quod debitor in re pignorata habuit.

Equidem si de pignoris persecutione redigendae pecuniae gratia contra debitorem ejusve heredes agatur quaestio illa, an fructus rei pigneratae tacite pignorati sint, quoad effectum nullius esse videtur momenti. Nam fructus judicio continentur, affirmes ad illam quaestionem, vel neges.

Sed quid, si res ipsa sufficiat? quid, si fructus consumti sint? quid si apud tertium possessorem res hypothecaria actione vindicetur? —

Nec difficilis videtur primus casus.[21]) Nam quum arbitrium judicis in persecutione pignoris definiatur intentione actoris, ut pecunia debita redigatur a re pignorata, dubium non est, fructus liberari, quum res ipsa sufficiat ad implendam illam intentionem.

Inspiciamus alterum casum. Debitorem pignoratione non prohiberi, quominus fructus rei pignoratae percipiat atque consumat, indubitati juris est, quare fructus consumtos nec arbitrio judicis contineri constat. Sed in hac quaestione multum interest, quo temporis momento consumtio fructuum procedat. Nam de fructibus ante litem contestatam consumtos dicendum erit, nullam esse debitoris obligationem, sese abstinere jure naturali utendi omnibus rebus, quae ipsius sunt.[22]) Quod vero attinet

21) Cf. Huschke l. c. p. 275. 1.

22) Cf. l. 1. 2. 3. ult. C. de pign. act. 4. 24; l. 1 C. de distract. pign. 8. 28; l. 2 C. de part 8. 24.

ad fructus post litem contestatam perceptos, regula juris valet, in omnibus actionibus tam in rem quam in personam, actori illud praestari debere, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, desiderio suo satisfactum esset[23]). Fructus igitur praedictos debitor arbitrio judicis restituere, id est, consumtorum pretium praestari cogi potest, si res ipsa non sufficiat.

Nec aliter statuendum erit adversus tertium possessorem, cum regula illa generalis sit neque ad pignoris quaestionem pertineat, quod judex pronunciat sequendae illius regulae causa[23]).

Sed necesse est, accuratius inspicere tertium casum, ubi actione hypothecaria utitur creditor adversus tertium possessorem, quia exstat locus Digestorum, quem de officio judicis de actione hypothecaria cognoscentis tractare invenimus, et verbis quidem, quae nec tertium possessorem a restitutione fructuum ante litem inchoatam perceptorum liberare videntur, quare ad ejus interpretationem nunc accedimus.

§. 3.

Est fragmentum e Marciani libro singulari ad Formulam hypothecariam, cujus verba secundum

---

23) l. 20 D. de rei vindic. 6. 1; l. 2 D. de usuris 22. 1. Cf. Huschke loc. cit.

23) Francke „Von den Früchten des Pfandes" in Archiv für civilistisehe Praxis vol. XXX pag 190.

lectionem vulgatam Digestorum (l. 16 §. 4 de pignor. 20. 1.) haec sunt:

„*Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore esiam de fructibus condemnet: quid enim, si minoris sid praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extent*[24]).

Quum hic locus unicum praebeat testimonium, quomodo JCti Romani senserint de fructibus rei pignoratae officio judicis creditori adjudicandis, mirum non est, in ejus interpretatione prudentes studiosissime versari, nec, quum Marciani sermo obscuritate non careat, aliter fieri potuit, quin pro sua in hoc articulo opinione quisque interpretaretur. Qui docent, fructus pignori tacite inesse, Marciani auctoritate nituntur, quippe qui verbis: „de antecedentibus judicem nihil posse judicare, nisi exstent," hanc opinionem probasset[26]). Adversarii hujus opinionis contrarium illis verbis supponunt sensum[27]). Novissimus scriptorum, qui doctrinae de fructibus rei pignoratae peculiares codices exhibuerunt, Janke[28]) Marciani dictum in modum tam mirabi-

---

24) Quibus verbis accedunt in codice Florentino: „*et res non sufficit.*"

25) Francke, l. c. p. 191; Wittgenstein l. c. p. 87.

26) Francke, l. c. pag. 192.

27) Warnkoenig in Archiv. vol. XXII p. 405.

28) Janke, Fruchtrecht pag. 260; cfr. Vangerow I §. 370 II pag. 829. i. f.

lem vertit, ut Romanus resurrectus certe abnegaret, se illa verba scripsisse!

Quibus praemissis ad interpretationem legis accedamus et videamus, quid sit in verbis ejus, si naturalem eorum sequamur sensum.

Interdum fieri posse, dicit Marcianus, judicem de hypothecaria actione cognoscentem non solum de re ipsa, sed etiam de fructibus ejus arbitrari debere. Rationem, quare non omnino, non in omnibus causis, sed „interdum" demum officium judicis ipsam rem egredi debeat, JCtus exponit verbis clarissimis, „quid enim, si minoris sid praedium, quam quod debetur?" quibus simul refert, quod plerumque fieri solet, sive casum ordinarium, quum res ipsa sufficit ad explendum debitum. Hoc casu ordinario — moniti sumus fragmento — de fructibus nihil statuendum est, nam qua de causa id fieret, quum res ipsa pignorata sufficiat, ut intentioni creditoris satisfiat? Sed officium judicis de fructibus „interdum" judicio de pignoris persecutione subjiciendis ad id tantum temporis spatium pertinet, quod currit post litem inchoatam. Fructus prioris temporis in hoc judicium non veniunt nisi exstent.

JCtus itaque tres discernit casus:

primum, casum solitum, quum judex de fructibus non pronuntiat, quia res sufficit;

secundum casum, qui interdum accidit, quum res pignorata non sufficit; hoc casu judex, ex quo lis inchoata est, ex eo tempore etiam de fructibus arbitrari debet;

tertium casum, quum fructus adhuc exstant; quo casu inter fructus prioris temporis et fructus post litem inchoatam non discernitur.

Omnem vim ac potestatem hujus legis positam esse credimus in duplice discrimine, quod JCtus statuit primo inter fructus exstantes et fructus consumtos; dein inter fructus post litem contestatam perceptos et eos, quorum perceptio praecedit hoc momentum. Exstantium fructuum rationem habendam esse docet, licet fructus sint ex tempore, quod praecedit litem inchoatam; consumtorum, nisi fructus sint ex tempore post litem contestatam. — Sed quid? anne possessores sunt, qui et fructus ante litis contestationem perceptos et consumtos restituere coguntur? Quorum numero, quod quidem vulgo accipitur, *malae* fidei possessor est, qui nullo temporis momento jus in fructibus sibi vindicare possit, unde sequitur, illum omnes fructus, licet ante litem contestatam consumti sint, creditori restituere debere, itaque locum nostrum non esse trahendum ad omnes possessores. Francke Marcianum ideo, quod ejus sermo generalior sit neque rationem habeat malae fidei possessoris, minus accurate[29]) locutum esse accusat, quam bonum JCtum deceat. — Sed videamus, ne idem dicendum sit de ipso accusatore. Namque Marcianum hoc loco in proposito

29) Francke loc. cit. p. 192: „Aber auch die ersten Worte Marcians sind sehr unbestimmt gefasst . . . . Freilich sollte ein Jurist sich nicht so ungenau ausdrücken, wie es Marcian hier gethan hat“

habuisse generalem statuere regulam de eo, quod judici ex officio de fructibus rei pignoratae observandum sit, nec ex verbis nec ex dispositione loci apparet. Verba demonstrant, JCtum sensisse de singulis casibus [30]), cum dicit „interdum" et quidem de casibus, quibus necessitudo quaedam inest excedendae illius regulae, quae judicem solum rem pignoratam inspicere adstringat, quod JCtus indicat verbis: „quid enim, si minoris sit praedium quam debetur?" — Si extendimus cogitationem, JCtus nobis haec fere intellexisse videtur: Si praedium obligatum majoris sit quam debetur, vel debitum aequiparet, non video, qua de causa judex de fructibus arbitraretur, quia solum praedium obligatum est; sed si minoris sit quam debetur, nonne aequitati, quam judex sequi debet in actionibus arbitrariis, consentaneum est, de fructibus, quos percepit possessor post litem inchoatam, tantum adjudicare creditori, quantum deest debito? Jure pignoris quidem creditor fructus petere non potest, quum solum praedium ei pignori datum sit, sed judex eorum rationem habere debet jure, quod constituitur litis contestatione; nam eo temporis momento res ita se habet, atque si condemnatus sit possessor, cui consequens est, eum omnes fructus restituere, qui hoc momento exstabant, etiamsi post hoc momentum consumti sunt.

---

30) Bachovius Tract. de pign. lib. II. Cap. 11 n. 3 sqq. et lib. III. Cap. 13 n. 4 sqq.

Verba Marciani, si eorum sensum recte interpretati sumus, huc usque praeclarissima sunt. Francke[31]) ea incertissima („sehr unbestimmt“) appellat, quippe quae minime dicant, de fructibus ex eo, quo lis inchoata est, semper cognoscendum esse, „sondern das vorangestellte „*interdum*“ geht geradezu auf diese Früchte von Zeit der erhobenen Klage, und der hieran sich anschliessende Satz „*quid enim, si minoris sit praedium, quam quod debetur?*“ giebt das Motiv an, weshalb nach Marcian auf die Früchte bisweilen zu erkennen sei.“ Sed Marcianus id ipsum dicere vult, non semper, sed interdum, judicem de fructibus quoque arbitrari debere, et quum id dicere voluerit, non videmus, quae causa sit, verbum „interdum“ incertissimum appellare.

At vero JCtum nostrum nec in eo, quod adjecit in fine, vituperationem mereri contendimus. Quum variae sint hujus loci lectiones, ut jam supra commemoravimus, res monere videtur, ut quamnam praeferendam putemus, prius indicemus. Florentinus codex verba exhibet: „*nisi exstent et res non sufficit*“; verba „*et res non sufficit*“ et in Vulgatis codicibus et in editione Haloandrina desunt. Altera lectionum varietas in eo consistit, quod in Haloandrina ante verbum „*exstent*“ verbum „*res*“ invenitur. Quod quidem additamentum nobis rejiciendum videtur[31a]), quum vane quaereres res, quas exstantes

31) Francke l. c. p. 192.

31a) Cf. etiam Bachofen Pfandr. I p. 639.

ICtus supposuerit, quum et in hac et in praecedenti lege de una tantum re (id est de re pignorata) sermo sit. Additamentum vero[32]) „*et res non sufficit*“ nullius esse videtur momenti, quum nec adjuvet ad explanandam JCti intentionem nec contineat argumentum novum. Quare Marcianum „*nisi exstent*“ scripsisse putamus.

Certum quidem est, Marcianum omnes omnino fructus, quos ante litem inchoatam invenies consumtos, judicio liberare. Quam sententiam rejiciendam putant periti, qui jurant in receptam illam regulam: malae fidei possessorem consumtos quoque fructus creditori praestare debere, licet eos ante litis contestationem perceperit[33]). Sed argumentum, quo nituntur, falsum nobis videtur. — Creditoris in hypothecaria actione dicunt, atque domini in rei vindicatione parem esse causam, quare sicut vindicanti domino, ita etiam creditori hypothecaria actione experienti malae fidei possessorem fructuum vel consumtorum obnoxium esse et quidem ob nullam

---

32) Cf. de variis lectionibus Wittgenstein (diss. cit.) pag. 87, 88, qui verba illa non omittenda esse censet, quia in eodem colo modorum mutatio saepius inveniatur, qua commoti aliorum codicum librarii ea sustulerint.

33) Consentiunt de hac regula inter alios: Bachoven tract. d. pignor. lib. 2. cap. 11 §. 6; Glueck, Commentar. vol. 18 pag. 346 sqq.; Gesterding, Pfandrecht pag. 372, 1; Sintenis, Pfandrecht pag. 462; Bachofen, Pfandrecht pag. 155; Huschke l. c. pag. 275; Francke l. c. pag. 189.

Dernburg, Pfandrecht pag. 319, 320, qui putat parem esse causam bonae et malae fidei possessoris in fructibus ante litem contestatam perceptis restituendis.

aliam causam quam propter *malam* suam fidem. At grave foret, e jure Romano probare, malam fidem causam obligationis esse! Nec in vindicatione causa restituendorum fructuum mala fide continetur, quum domini natura ea sit, quod dominus, nisi alii possessores domini jus violantes intervenissent, fructus habiturus fuisset, quos per judicem recuperaturus est. Juris consequentia itaque exposceret omnes possessores, et bonae et malae fidei, fructus rei alienae domino restituere vel consumtorum pretium praestare. Scimus autem, jus Romanum hanc consequentiam adeo deseruisse, ut bonae fidei possessorem a fructuum restitutione liberet, non ideo, quia bona fides obligationem constituit domini ad derelinquendos fructus in favorem possessoris, sed quia fructus, quos percepit, ejus sunt[34]). Et ex adverso in malae fidei possessore contrarium obtinet, non quia propter malam suam fidem ad fructuum restitutionem obligatus est, sed quia fructus suos non facit[35]). Unde sequitur dominum fundi, dominium fructuum tam ante tam post litem inchoatam perceptorum sive consumtorum retinere, et, quum consumtos vindicare non possit, adversus malae fidei possessorem condictione utatur[36]).

Postquam demonstravimus, injuria affici JCtum

34) §. 35 Inst. de rerum divisione 2, 1; l. 4 §. 2 D. 10, 1 (finium regundorum). Cf. Heimbach „Die Lehre von der Frucht" pag. 99 sqq.

35) l. 25 D. de acquir. rer. dominio 41, 1; l. 40 D. eod.; l. 40 §. 1 D. de hered. petit. 5, 3; Heimbach l. c. pag. 214 sqq.

36) l. 15 D. de usuris 22, 1.

Romanum, quum ei objiciatur, dictum hoc „de antecedentibus fructibus judicem nihil pronuntiare posse“, ideo falsum esse, quia malae fidei possessor dictorum fructuum condemnandus sit, superest disquirere, an regula generalis, quam Marcianum statuere voluisse supra negavimus, ex eo, quod proposuit deduci possit. Verba in fine fragmenti: „nisi exstent“ non nisi violenta quadam interpretatione ita accipi possunt, ut JCti opinio fuisset, omnes omnino fructus ante litem contestatam perceptos et adhuc exstantes arbitrio judicis subjicere, quum longe aliud sit dicere, judicem de fructibns nisi exstent, non pronuntiare posse, et: judicem de fructibus exstantibus pronuntiare debere[37]).

Sententia igitur illa: judicem de fructibus ante litem inchoatam perceptis nihil pronuntiare posse, nisi exstent, generalem quidem continet regulam, sed negativo tantum sensu, judicem de fructibus consumtis ante litem inchoatam nunquam pronuntiare posse.

§. 4.

Difficilior est quaestio, an quod docet JCtus de officio judicis tam circa fructus post litem inchoatam consumtos, quam circa fructus ante illud momentum perceptos et adhuc exstantes in omnibus possessoribus obtineat.

---

37) Wittgenstein: quatenus rei pignoratae fructus creditori teneantur? diss. pag. 88. Francke l. c. pag. 191 i. f.

Warnkoenig in tractatu citato[38]), motus ratione aequitatis, JCtum de illo tantum casu cogitasse putat, quum ipse debitor vel heredes ejus fructus perceperunt, quippe qui creditori pure obligati sint, pignus ipsi constituerint et dominium fructuum ipsi acquisierint. In illis itaque aequum esse fructuum rationem habere, si creditor e re pignorata debitum redigere non possit. Quod vero iniquissimum esset in tertio bona fide possessore, qui pignore, quod ignorabat, non teneatur.

Francke[39]) Marcianum principaliter quidem debitorem ante oculos habuisse putat, sed JCti sententiam eodem modo valere et in posteriore creditore et in quoque possessore, qui rem pignoratam ab ipso debitore accepit. Nam si is, qui a debitore fundum pignoratum bona fide emit, creditori fructuum nomine plus restituere cogeretur, quam ad solvendum debitum desideretur, creditor autem hyperochae nomine id debitori restituere compelleretur, debitor emtori ad evictionem praestandam obligaretur. Et pergit Francke[40]): „Für diese Verhältnisse ist Marcian's Grundsatz anwendbar, wenn er sagt, dass nicht immer eine Verurtheilung auf die Früchte eintrete, sobald es nämlich klar ist, dass die Sache selbst zur Deckung der Pfandschuld hinreicht. Nur ist diese Entscheidung nicht auf den Fall zu beziehen, wenn ein Dritter nicht berech-

38) Warnkoenig l. c. pag. 405.
39) Francke l. c. p. 193.
40) l. c. pag. 194.

tigter, Jemand, den auch der Schuldner auf Sache und Früchte belangen könnte, diese besitzt, er mag *in bona* oder *in mala fide* besitzen.“ Itaque bonae malaeve fidei possessores quidem, etiamsi res sufficiat, post litem contestatam omnes fructus restituere debere, cujus rei causam reddit hance: possessoribus illis jus non esse, ex fructibus, quos dominus ab iis petere possit, creditore hypothecariam movente aliquos ea propter retinere, quod creditoris non usque ad omnes fructus, sed non nisi debito tenus intersit, ipsis enim possessoribus illis nullum jus esse fructus possidendi. At si fructus post litem contestatam non alias creditori essent restituendi, ac si ex ipsa re ei satisfieri nequeat: possessores illi non magis quam alii detentores de illis creditori essent condemnandi, removeret enim creditorem c. ult. d. R. O. 3, 32:

> *„Res alienas possidens licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur“* [41]).

Maximam diligentiam adhibuit interpretationi nostrae legis Wittgenstein [42]). Marcianum, dicit, in lege nostra hypothecariae actionis judici generaliter imperare „ut, ex quo lis inchoata est, ex eo tempore etiam fructibus condemnet“, nullo rei possessore, nullis fructibus ab hac condemnatione exceptis. Hoc manifesto Marciani de hypothecaria

41) Cf. etiam l. 12 D. quib. mod. pign. 20, 6.
42) Wittgenstein diss. cit. pag. 92 sqq.

actione praescriptum nihil aliud esse ac generalem illam judiciorum regulam[43]). Quod si ex judiciorum, ex processus, non ex pignoris jure illud Marcianus praescriptum desumpserit, apparere, in eo non ut in antecendentibus fructibus quaerendum esse, an singuli possessores ex pignoris jure speciali aliqua causa ad fructus restituendos obligati sint, sed post rem in judicium deductam omnes rei detentores, sive domini, sive bonae, sive malae fidei possessores, sive coloni, sive usufructuarii sive emphyteutae sive posteriores creditores sint, ad fructus omnes tam exstantes quam consumtos restituendos obligari, propter id ipsum, quod, quale est, quum petitur, tale dari debet, atque eo adeo casu, si res ad debitum redigendum sufficere videatur, quum Marcianus nullam faciat exceptionem[44]). — Concedit Wittgenstein, voculam *„interdum“* effecisse, ut permultis scriptoribus visum sit, praescriptum illud „ut ex quo lis inchoata est, ex eo tempore etiam fructibus condemnet“ generalis regulae speciem non habere. Sed facillimum putat esse intellectu, quid sibi velit vocula illa. Nam quum Marcianus in praecedenti lege (l. 16 §o 3a) de re pignorata restituenda locutus, nunc pergat: „interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex“ manifestum esse, eam ob causam eum vocula *„interdum“* usum esse,

43) „quale est, cum petitur, tale dari debet.“ Cf. etiam Sintenis, Pfandr. p. 462; Gesterding, Pfandr. p. 368. Dernburg, Pfandr. p. 319. Warnkoenig l. c. p. 420 I.

44) Ita etiam Poelchau (dissertatio inauguralis de fructibus rei pignoratae. Berolini 1844) pag. 36.

quia non nisi interdum *frugifera* res pignorata sit. Generale igitur Marciani praescriptum vocula „interdum" prorsus non limitari. Verba: „quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? ad docendam praecepti aequitatem apposuisse. Minime vero eam fuisse Marciani sententiam, *solo* hoc casu regulam illam adhibendam esse, sed ita tantum hunc casum eum protulisse, ut ex omnibus, in quibus regula illa adhibenda sit, casibus eum promturum, in quo prae ceteris evidenter appareat, servandam eam esse. Verba „quid enim si" hanc sententiam clare indicere et hanc veram esse horum verborum significationem ex lege 1. de evictionibus certius apparere[45]). Quibus argumentis nisus scriptor noster omnes, quae de antecedentium fructuum jure in postcedentium jus concludunt[46]), sententias reprobandas esse ait.

Nunc progrediamur ad novissimum interpretandae nostrae legis experimentum, quod quidem nodum expedire magna cum securitate auctor sibi polliceri, sed nobis nodum gladio magis percutere

---

45) Loco citato Ulpianus tractat casum, quum pars, et quidem pro indiviso evincitur. „*Regressum*", ait, *habet pro quantitate evictae partis. Quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso partio fundi, pro bonitate loci erit regressus. Quid enim, si, quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? Aestimabitur loci qualitas et sic erit regressus.*"

46) Inter alios Haloandri et Gothofredi sententiam (ad leg. 16 §. 4 d. pignn.), bonae fidei possessorem, sicut ante litem contestatam, ita etiam post litem contestatam solos extantes fructus restituere, consumtos non.

videtur. Janke[47]), qui verba in fine fragmenti: *„nam de antecedentibus* etc.“ ita vertit in vernaculam linguam, „denn in Betreff der vorerwähnten Früchte kann er (judex) nur dann einen Ausspruch fällen, wenn sie vorhanden sind (und die Hauptsache nicht ausreicht)“ [48]) in exordio tractatus regulam juris Romani esse docet, praedium sine fructibus in conventione pignoris contineri, quare nec fructus hypothecaria actione peti possent. Marcianum itaque voculam „interdum“ in capite decisionis possuisse, ut nervose indicturum, non secundum regulam, sed extra ordinem, nec pro petitione sed ex arbitrio judicis, fructus condemnatione contineri posse. Quum vero extraordinaria haec condemnatio nullo alio nitatur fundamento quam contemplatione insufficientis praedii, Marcianum commotum fuisse, rationem illam pluribus exponere verbis adjectis: „nam de antecedentibus etc.“ Opinionem vulgarem, haec verba ad messes litis exordium praecedentes, licet apud eum factas, qui postea praedium comparaverit, trahentem, Marciano summam infligere injuriam, quum secundum illam non solum gravem differentiam, quam inter debitorem et tertium possessorem rei pignoratae existere prudentes affirment, omisisset, verum etiam regulam juris violasset, neque tertium possessorem neque colonum posteriorem ad fructus anteceden-

47) loc. cit. pag. 264.

48) Janke Florentini codicis lectionem servat.

tium annorum restituendos arbitrio judicis cogi posse. Et quomodo explicare posset, quaerit Janke, incertum illud in hac decisione JCti prudentissimi, qui, postquam specialiter exhibuerit, fructus perceptos post litem inchoatam „interdum" et quidem ex solo arbitrio judicis, nec aliter ac si debitum pretium praedii excederet, condemnatione contineri, quasi per saltum ad fundandum extraordinarium judicium exposuisset, judicem de fructibus ante litem inchoatam perceptis nihil pronuntiare posse, nisi exstent et res non sufficiat.

Hisce argumentis Janke demonstrasse existimat, verba in fine nostrae legis secundum naturalem interpretationem emendationem continere verbi „interdum," quippe quibus indiceret, judicem de fructibus post litem inchoatam perceptis non posse pronuntiare, nisi exstent et res non sufficiat. Et quidem hac interpretatione effici, ut Marciani decisio generalibus juris praeceptis congruat, quae exposcerent, praedium sine fructibus hypothecariae actioni subjici, quum ita pignoratum sit. —

§. 5.

Calculum nostrum neque huic neque prioribus interpretationibus adjicere possumus. Equidem minime assentior Jankianae, cujus inepta forma vix acriore verbo designari potest, quam quo auctor ipse usus est concludens: (pag. 268): „Wir ersehen somit aus Allem, dass Marcians Entscheidung

in diesem Fragment eine durchaus praktische und den Lebensbedürfnissen entsprechende ist, sofern die Stelle in der von uns vorgeschlagenen Auslegung erklärt und das „*antecedentes*" im allerbedeutungslosesten Sinne, als Bezeichnung der „vorgehenden, vorerwähnten" Früchte interpretirt wird." — Sino omni intellectu sane esset, quod JCtus, et quidem secundum Jankium prudentissimus, ad explanandam suam sententiam adhibuisset argumentum. Nullus enim sermo nobis a naturali loquendi modo magis abhorrere videtur, quam quo usus esset Marcianus secundum interpretationem Jankii! Nam ad declarandum intellectum simplicem: „interdum judex et de fructibus arbitrari debet, quum enim res non sufficit ad redigendum debitum, et fructus condemnatione continentur; sed de fructibus pronuntiare non potest, nisi exstent" — artificiosum et tortuosum elegisset genus loquendi, quo perturbantur lectorum animi! Qua de causa Jctus mentionem fecisset temporis litis contestationis? Nonne haec mentio quoque sine intellectu (bedeutungslos) esset? Nobis quidem visum est, Jankium ad hanc interpretationem cupiditate quadam inaudita producendi, compulsum esse.

Cum Wittgensteinio consentimus interpretatione adeo, ut Marcianum generalem judiciorum regulam, judicem hypothecaria actione, ex quo lis inchoata est, ex eo tempore etiam de fructibus condemnare debere, repetisse credamus. Ceterum dissentimus. —

Inspiciamus, quomodo cohaereat locus noster cum praecedentibus ejusdem legis. Et quidem magni nobis videtur momenti, in §o 3a in fine JCtum loqui de eo, quod consequi possit creditor hypothecaria actione. „*Si* (is qum quo actum est), ait Marcianus, *dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit, sicut in ceteris in rem actionibus; nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid prodesset in remactio, quum et in personam agendo idem consequeretur?*“ Et pergit (§o 4a): „*Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex etc.*“ Ex quo evidentissime apparet, JCtum nostro quoque loco de eo cogitasse, quod consequi possit creditor. Si cum Wittgensteinio limitatio sermonis, quam voculae „interdum“ inesse negari non potest, in eo quaeritur, quod JCtus casum insolitum, quum res frugifera pignori datum est, ante oculos habuisset, eam ad aliam rem transiisse supponendum esset. Neque tamen res ita se habet. Manet tractatus de eo, quod consequi potest creditor. In eo — dicit JCtus — et fructus sunt, sed „interdum“ tantum. Et quid? nonne sine intellectu hoc quoque verbum esset, si nihil aliud significare voluisset JCtus, quam limitationem illam: „si res frugifera est?“ An operae pretium fuisset, hoc casu voculam, „interdum“ adjicere? Vocula „interdum“ idem dicere vult, quod in vernacula lingua „zuweilen, manchmal“ significat. Sunt casus, qui non accidunt nisi interdum, non

semper. An dicere liceat, casum, quum res frugifera pignori data est, non accidere nisi interdum? Quod certe negabis. Marcianus, si Wittgensteinii interpretatio vera esset, certe dixisset: „Quum praedium, vel: quum res frugifera pignori data est, etiam de fructibus etc." Argumentum deductum ex lege 1. de evictionibus, quo utitur scriptor noster ad juvandam interpretationem suam, utile esset, si Ulpianus loco citato[49]) dixisset: „*interdum regressum habet.*" Quis neget verba illa: *quid enim, si?* saepius[50]) adhiberi ad adjungendos duos casus, unum, qui regulam, alterum qui exemplum continet? Sed nostro loco de explicando verbo „interdum" agitur non de usu sermonis „quid enim, si" et quum demonstravimus, voculam „*interdum*" non posse trahi ad casum frequentissimum, quum res frugifera pignori data est, naturae consentaneum nobis videtur, verum voculae sensum quaerendum esse in verbis: „*quid enim, si*" quippe quae simpliciter respondeant quaestioni, quam sibi ipse movit JCtus utendo verbo: „*interdum.*"

Summa igitur nostrae interpretationis in eo posita est, ut Marcianum audiamus quaerere: quibus casibus judex, qui de eo, quod consequi potest creditor hypothecaria actione, cognoscit, de fruc-

---

49) cfr. notam 46.

50) Hoc modo eadem verba invenies ab ipso Marciano adhibita in l. 1 §. 4 D. ne de statu defunctorum 40, 15 (cf. l. 3. eod.)

tibus quoque arbitrari debet? et respondere: si minoris sit praedium, quam quod debetur.[51])

Quum Witgensteinio consentiamus in respuenda Franckii[52]) opinione, Marciani dictum non nisi in ipso debitore locum habere, opinionem illam in medio relinquimus, id solum monentes, Franckium, si verba scriptoris elegantissimi recte intelligimus, non evitasse confusionem intentionis, quae continetur hypothecaria actione, et officii judicis, quod versatur circa condemnationem. Nam quod dicit Francke[53]), Marciani decisionem non esse trahendam ad illum casum, quum tertius, cui nullum competit jus in re pignorata, „Jemand, den auch der Schuldner auf Früchte und Sache belangen könnte“, praedium pignoratum possideat, nostra-sententia omnino non cohaeret cum Marciani decisione, quum casus, de quo loquitur Francke, vindicationi pignoris locum daret. Omnino autem ad totam inter malae bonaequae fidei possessorem et ceteros rei detentores distinctionem[54]) ea causa commotus est Francke, quod in lege 16 §. 4 Marcianum dixisse putat: interdum modo post litem contestatam fructus restitui, quod falsum esse supra ostendimus, neque enim di-

---

51) Notandum est, Marcianum, ut docet fragmentum, cujus partem interpretati sumus, illam formam sermonis, quae quaestionibus motis et responsionibus constat, amore quodam adhibere.

52) Wittgenstein diss. cit. pag. 97.

53) Francke l. c. p. 194.

54) Cf. ad notam 41.

cit Marcianus: „interdum ex quo lis inchoata est, ex eo tempore etiam fructibus condemnet", sed ita: „interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut ex quo lis inchoata est, ex eo tempore etiam fructibus condemnet." Quocirca Franckii sententia sicut legi 16 §. 4 contraria est, ita nec legis 21 §. 3 d. pignorr. ab eo laudatae analogia probatur, ideoque omnimodo rejicienda est[55]).

Marciani decisionem, maxime quum unus hic locus corporis juris civilis existat, quo de quaestione nostra generali quodam modo tractatur, gravissimam esse, quis neget? Equidem ex illa colligere debemus, fructuum rationem habendam non esse, nisi nominatim convenerit, eos quoque pignori esse. Nam fructus non veniunt in judicium de actione hypothecaria, nisi res non sufficiat, ex quo sequitur, creditorem fructus, qui specialiter pignori dati non sunt, petere non posse. Nam conditio, ex qua pendet, an de fructibus arbitrari possit judex, non existit nisi condemnationis tempore, ita ut, si res sufficiat, qunm judex jus dicit, nihil de fructibus pronuntiandum.

Quod si ex his apparet, in fructus rei pignoratae, nisi nominatim convenerit, eos quoque pignori esse, creditori hypothecariam actionem non competere eumque eo solo casu rei pignoratae fructus adipisci posse, si judex, qui in hypothecariam de

---

55) Cf. etiam Bachovium exercitt. in Fabri errores dec. 93 err. 1 §. 1 i. f.

re actionem datus est, in rei causa ei addicat, jure meritoque me contendere arbitror: Creditorem pignoraticium in fructibus rei pignoratae ex tacita, quae rei pignerationi inesset, pactione nullum habere jus pignoris, quia quodque pignus hypothecariam praestare actionem satis constat[56]).

Caput II.

§. 6.

Scimus sententiam, quam priori capite nos probare conati sumus, a majore parte scriptorum reprobari[57]). Sed adjuvant nos praeter Marciani auctoritatem nonnulla et quidem legalia testimonia, quae nunc producere et dissensum, qui inter ea aliasque leges interesse videtur, tollere, in proposito est.

1. Paulus tradit (lib. II tit. V §. 2 Receptarum Sententiarum):

„Foetus vel partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.“

---

56) Vel, ut ait Bachofen: „das Pfandrecht steht und fällt mit der Pfandklage.“

57) Voet ad Pandectas XX, 1 §. 3; Westphal (Vom Pfandrecht) §. 17; Thibaut §. 792 i. f. II pag. 315; Schweppe, Röm. Privatrecht §. 351; Goeschen, Vorlesungen über das gem. Civilr. II. p. 323. Gesterding l. c. §. 10, multique alii; cf. Warnkoenig l. c. p. 397 sqq.

Quo quidem loco nostra sententia clare dictum est, fructus rei pignoratae tacite non pignoratos esse. Sed maxima orta est de hac decisione controversia, quum aliae exstent leges, quae contrarium pronuntiare videntur, quod eo mirificentius est, quum una ab eodem auctore sit conscripta. Dicit enim Paulus libro V Responsorum (l. 29 §. 1 D. d. pignn.):

„*Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt; quod tamen diximus, etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem ejus; ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata.*“

Manifestum est eos, qui contendunt, fructus tacite pignoratos esse, quum sententiam suam hoc loco (l. 29 D. de pignn.) fulciant, quibuscunque possunt et emendationibus et interpretationibus studere locum priorem, qui ne minima quidem obscuritate laborat, removere. Ex quibus, ut melius intelligamus, quatenus vim habeant, praecipuas afferre mihi liceat:

α. Huschke[58]), quem etiam Francke[59]) secutus est[60]), loci Rec. Sent. emendationem propo-

---

58) Studien des röm. Rechts. vol. I p. 370 et 371; Zeitschr. l. c. p. 263 et 264.

59) l. c. p. 159.

60) Emendationem quoque laudat de Vangerow Pand. I p. 824.

suit, eam scil., ut huic loco legi 8 D. i. quib. caus. pign. (Paul. Rec. Sent. II 13, 16) subjuncto particulam „sed“ anteponat, ac pro verbo „tenetur“ substituat verbum „retinetur“; unde hoc provenit: „*Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere, (sed) foetus vel partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non retinetur (tenetur).*“ Huschke igitur hunc credit R. S. II 5, 2 esse sensum: tacite antichresis jus partum et foetum creditori non praestat, sed solum fructum sensu strictiori. At quamvis acutissimi haec conjectura sit ingenii, attamen, ut hunc sensum haberet locus, dicendum fuisset Paulo: „antichresis jure non retinetur“, quoniam autem dixit: „pignoris jure“, neque in Huschkii modum emendatus locus illum sensum continet, quamobrem non miror Franckium profiteri, etsi ita emendatus sit locus, nullum ejus videre se sensum probabilem; Wisigothorum autem loci interpretationem sensum ab Huschkio subintellectum non continere jam Puchta[61]) monuit[62]).

β. Alii Rec. Sent. locum ad quaestionem de fructibus rei pignoratae decidendam omnino non adhibendam esse contendunt. In quorum numero habendus est Bachofen[63]), qui, quamvis secundum ejus sententiam propter constitutionem 3 C. i. quib.

61) Puchta, Pand. §. 203 f. i. fin.

62) Cf. Wittgenstein l. c. p. 44.

63) Bachofen, Das röm. Pfandr. I p. 154.

caus. pign. 8, 15 fundi fructus tacite pignorati existimandi sint, in foetu et partu ex R. S. loco contrarium valere putat. At foetus non minus in fructibus habetur[64]) quam fundi fruges, atque inter singulas fructuum species distinguendi causam video nullam, ob quam in fundo magis quam in alia re frugifera (veluti vacca vel ove) creditor de fructibus quoque supponendis conveniret ideoque in solo fundo haec conventio tacite subintelligeretur; neque eam ob causam in c 3 cit. solius fundi mentio fit, quod in solo fundo aliud juris esset, sed eam ob rem, quod haec constitutio, ut quae rescriptum sit, nihil aliud continere possit, nisi quod ad litem ea decidendam (quam de solo fundo fuisse patet) pertineat[65]). Denique vero in constitutione citata de fundi fructibus non contrarium statui quam de foetu et partu in Rec. Sent., postea[66]) demonstrare in animo est.

γ. Alii denique, qui in fructibus creditorem tacite jus pignoris habere putant, huic opinioni Receptarum Sententiarum locum ita conciliant, ut de alio casu hunc loqui dicant, quam leges, quas ipsi sequuntur. Inter quos Cujacii[67]) haec est opinio:

---

64) Si id non esset, mirari licebit, qui possint equarum foetus in fructu esse, quod jam Cassii Sabinique temporibus constitit. cf. l. 68 d. usufr. 7, 1; cf. l. 2 §. 2 ad leg. Aquil. 9, 2; l. 48 §. 6 D. d. furtt.; §. 37 J. d. R. D. 2, 1.

65) de Vangerow Pandecten I. §. 24. Anm. I.

66) Cf. pag. 42.

67) In commentario de Pauli R. S. ad h. l., operum priorum tom. 1. ed. Fabrot (Neapol. 1758) p. 385; pariter Glück l. c. vol. 18 p. 350.

R. S. locum de illis partubus fructibusque loqui, qui apud alium dominum editi separative sint; illos enim tum modo teneri, quum expressa de iis facta sit conventio. Huic vero interpretationi illud grave adversatur argumentum, quod tum quoque, si expresse de partu fructuve convenit, fructum in lege 1 §. 2 de pignn. Papinianus, partum in lege 29 §. 1. eod. ipse Paulus non teneri dicunt, quando apud pignorantem vel heredem ejus dominium nunquam fuit; Cujacii igitur sententia antinomia non amovetur.

δ. Postremo, quum longum sit omnes R. S. locum interpretandi conatus referre,[68]) Wittgensteinii[69]) hac de re sententiam nonnullis complectar. Primum non concedit, necessario dicendum esse, Pauli ex R. S. locum opinioni suae contrariam continere sententiam; nam quum dicat, fructus partusque rei pignoratae non teneri, „nisi hoc inter contrahentes convenerit,“ neque adjiciat „*expresse* convenerit,“ minime ei adversari, ex tacita etiam conventione eos teneri posse. Quae quidem interpretatio mira nobis videtur, quum non intelligamus, quem casum JCtus in animo habuerit, in quo fructus non pignorati sint, quum et tacita et expressa conventione teneantur. Cujus interpretationis vim om-

---

68) Dernburg (Pfandr. I p. 438) praesumit., Paulum hoc loco id tantum dixisse: Quum fructus fiduciae ipso jure propter naturam fiduciae in pignus caderent, pignoris fructus conventione tantum pignoratos esse, quae etiam tacita esse posset. cf. etiam Scheurl, Kritische Vierteljahrsschr. II p. 486.

69) l. c. p. 74.

nino debilem esse et ipse auctor sensit, quare quasi in subsidium in fine adjungit: „etsi re vera Paulus (in R. S.) a se ipso (in l. 29 cit.) dissentiret, etsi re vera R. S. locus c. 3ae C. in quibus caus. pign. contrarius esset, sine ullo dubio, neglectis Sententiis Receptis, corporis juris auctoritatem amplecti deberemus, quum hoc apud nos legis vicem obtineat, illae non[70]." Quod quidem rectum esse, certe nemo negabit, sed loco Rec. Sent. illae corporis juris leges, quas auctores sententiae, creditorem in fructibus tacitum pignoris jus habere, contra eum afferunt, sententia nostra supposita, non adversantur, quod nunc probare in proposito est.

§. 7.

Si constet JCtum in utraque decisione (in R. S. et in l. 29) eundem casum ante oculos habuisse, contradictionis vituperationem certe non effugeret. Quod, quum accipere vix liceat, ante omnia nobis id ipsum disquirendum est, an necesse sit eundem casum utrique decisioni subjicere. Si utrumque locum propius consideremus, diversitatem iis inesse apparet, quum priori Paulus generalem sententiam quasi juris praeceptum, nullo casu speciali fundatam proponat, altero vero loco casum specialem, quo

70) cf. etiam Francke l. c. p. 158.

quidem genus cecidit in causam pignoris, tractet[71]). Jure autem dici potest, genere obligato, id ipsum inter partes actum esse, ut omnia, quae eidem generi naturaliter sive civiliter accedunt, obligatione teneantur. Firmatur haec sententia, si inspiciamus legem 13 pr. D. de pign., cujus verba haec sunt:

„*Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur, sed etsi prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur?*“

Quod simplicissimum esse videtur, quum grege pignori dato tamquam notio gregis obligata sit, quam notionem foetus certe sequantur. Quum enim gregem meum creditori pignori dedi nec specialiter convenit inter nos, singula capita gregis tempore conventionis tantum obligata esse, dubium non est, omnia capita, quae tractu temporis hujus gregis notionem efficiunt, conventione comprehendi.

Adversari videtur huic interpretationi[72]) l. 26 §. 2

---

71) Warnkoenig (l. c. p. 405), qui et ipse R. S. arum locum secutus est, hunc stricti juris regulam tradere ait, legem 29 vero aequitatis causa de hac regula eam facere exceptionem, ut partus apud ipsum pignorantem ejusve heredem nati, etsi de iis non expresse convenerit, officio judicis semper creditori addicantur, quoniam illi et ad solvendum debitum omnimodo teneantur, et ipsi pignus constituerint et fructuum domini quoque sint. At Warnkoenigii interpretationi eam ob causam consentire non possumus, quod in lege 29 neque de aequitatis causa et officio judicis sermo est, neque de eo tantum casu agitur, si ipse debitor pignoravit, sed generaliter de eo dicitur „qui obligavit,“ qui etiam alius praeter debitorem esse potest.

72) Quam proposuit Puchta in pandectis §. 203, nota f.

D. eodem (20. 1) hisce verbis ex Modestini libr. IV responsorum promptis:

„*Lucius Titius praedia et mancipia, quae in praediis erant, obligavit, heredes ejus praediis inter se divisis, illis mancipiis defunctis alia substituerunt, creditor postea praedia cum mancipiis distraxit; quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est in hypothecis, emtor vindicare recte possit? Modestinus respondit, si neque pignerata sunt ipsa mancipia, neque ex pigneratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse.*“

Sed contrarium Pauli decisionis in lege 29 hoc loco minime doceri facile est probandum. Quum lex nostra responsum contineat, responsum autem uni certo semper casui decidendo studeat, in eam multum proficiet, si exploraverimus, qualem casum dijudicet. Modestinus igitur hunc tradit casum: Obligavit quis praedia et mancipia, quae in praediis erant; quod nostra quidem sententia non necessario significat, eum singula mancipiorum capita, quae tunc in praediis erant, pignori dedisse [73]), sed non minus ita intelligi potest, eum singulos eorum greges [74]), qui conventionis tempore in praediis erant, obligasse. Si hunc casum Modestini responso subjicimus, ejus in hac lege decisio non solum non ad-

73) ut opinatur Wittgenstein l. c. p. 45.

74) cf. Dernburg Pfandr. I p. 451; Janke l. c. p. 288; Puchta, Pand. §. 203 not. f.

versatur legi 29 cit., sed confirmat potius id, quod in illa interpretanda diximus, genere mancipiorum obligato, etiam partus postea natos in hujus generis notionem cadere, et ipsam hanc ob causam teneri, quum alias, Paulo (R. S. II 5, 2) teste non teneantur. Quo refutatur etiam, quod Wittgenstein[75]) adversus legis 29 d. pign. interpretationem affert argumentum: partus post conventionem natos, etiam si genere obligato non continerentur, nihilo secius pignori esse, quum lege 26 §. 2 eod. extra omne dubium id constitueretur; in hujus enim legis casu, quum obligasset quis praedia et mancipia, quae conventionis tempore „in praediis *erant*," per se patere, ea, quae postea demum nata sint, tunc quum conveniebat, in praediis non fuisse, in genere igitur obligato connumerari non posse, nihilo minus autem Modestinum respondere, eo modo casu haec creditoribus obligata non esse, si neque ipsa pignorata „neque ex pignoratis ancillis nati" sint. — Quod JCtus dicit, ea mancipia, quae sunt modo ab heredibus in praedia constituta, pignorata non esse, intelligemus, si inspiciamus regulas, quae de pignoratis universitatibus valent, nam ea tantum, *quae mortis tempore debitoris inventa sunt, pignori obligata esse videntur*[76]).

Quibus explicitis jure me contendere arbitror, legem citatam non Rec. Sententiarum loco contra-

---

75) l. c. p. 45.

76) Haec sunt verba legis 34 de pign. 20, 1.

rium continere sensum. Quid vero? anne apperte adversatur id quod in c. 3 C. i. quib. caus. pign. 8, 15 prodit Imperator:

„*Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse, praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire nulli prudentium placuit.*“

Quae est pars ex rescripto Alexandri nec constat aliquid de casu subjecto. Fructus pignori datorum praediorum, dum partes fundi sunt[77]), tacita pactione pignori inesse, certe nemo negabit, quoniam fructus partes rei pigneratae sunt et ejus causam sequuntur. Quod adeo verum est, nisi fructus suam propriam causam nacti sint separatione. Rescriptum vero, de quo agitur, magis pertinere ad casum contrarium, ubi fructus adhuc stant, ex eo apparere videtur, quod loquitur de praediis, quae emuntur ex fructuum pretio. Nam casum rescripto subjectum talem esse ex propositis apparet: Praedio pignori dato possessor ex fructuum pretio praedia emit; creditor hypothecaria experitur et praedia ex fructuum pretio comparata petit, sed reus absolvitur, quia praedia praedicta pignore non te-

---

77) Pendentes quidem fructus ut partes fundi in bonis sunt, (cf. l. 25 §. 4 et §. 6 quae in fraud. cred. 42. 8) sed non ut singulae res, de quibus speciali hypothecaria agi posset. cf. Heimbach l. c. p. 45.

neri judex cognovit. Deinde creditor adit imperatorem, qui verbis relatis rescribit: si de fructibus egisset, ex officio judicem, praedio pignerato non sufficiente, ad explendum debitum, de fructibus quoque arbitrari debuisse, fructus enim, quum, si res ipsa non sufficiat, judicio contineantur, tacita pactione pignori inesse credendos esse, sed praedia e fructuum pretio comparata pignori inesse, nulli prudentium placuisse. Plane, quum non constet, alium casum rescripto subjectum fuisse, non videmus, qua de causa Imperatorem de hypothecariae actionis intentione cogitasse necesse sit supponere.

Quibus omnibus explicitis jure meritoque me contendere arbitror: sententiam nostram, fructus rei pignoratae, nisi nominatim convenerit, eos quoque pignori esse, hypothecaria actione peti non posse, quum Rec. Sent. probetur, non reprobari legibus illis, quae ab altera parte contra eam afferuntur. — Confirmatur autem sententia nostra etiam iis, quae in lege 1. §. 2 de pignor. Papinianus de fructibus in hypothecaria actione addicendis docet, quare ad hujus legis interpretationem ultimam §um adhibebimus.

§. 8.

2. Papinianus scribit libro XI Responsorum (l. 1. §. 2 de pignor. 20, 1):

„*Quum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque ejus pignori essent, convenit;*

eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur; pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur: quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.“

Papiniani scripta difficultatibus abundare jure studiosis notissimum est, quare, si viri doctissimi et juris peritissimi hunc locum inter difficillimos[78]) totius corporis juris numerandum esse confitentur, grave opus est tironi ad ejus interpretationem accedere[79]).

Antea autem, quam ejus explicationem ineam, id monendum esse puto, legis difficilis eum mihi videri optimum esse interpretem, qui tamdiu vulgares casus praesumat, donec contrarium proba'um ducat, ne nulla ratione cogente lex per se difficilis magis etiam implicetur, neve mirae inauditaeque res in interpretationem irrepant.

Quum lex citata responsum contineat, quod

---

78) Gothofredus in notat. corp. jur. ad h. l. legem citatam esse decurtatam censet, quum adeo breviloqua sit.

79) Huic loco interpretando studuerunt: Cujacius ad Papiniani respons. lib. 11 ad l. c. Donellus lib. d. pign. cap. 6 §. 8 in corp. selectorum tractatuum de pignoribus, Francf. 1586. Gabr. Mudaei eodem loc. pag. 261; Bachovius Echtius eodem lib. 2. cap. 11. §. 3 sqq.; Glueck l. c. vol. 18 p. 347 sqq. Bachofen, d. röm. Pfandr. p. 48, 65. Gesterding, Pfandrecht p. 369 sqq. Heimbach l. c. p. 218 sqq. Huschke, Zeitschrift l. c. p. 278 sqq. Francke l. c. p. 182. Dernburg, Pfandrecht p. 443. Backe diss. cit. p. 39, p. 122, p. 191. Janke p. 254 sqq. Wittgenstein diss. cit. p. 17—32. Vangerow I. p. 825.

unum certum casum dijudicare solet, primum quaerendum est, quem casum tractet JCtus. Si verba responsi inspicis, simplicissimus videtur. Praedio pignori dato, conventio nominatim facta est, ut fructus quoque praedii pignori sint. Eundem, qui praedium pignori dedit, etiam fructus praedii pignorasse, non alium, dubitari non potest [80]), quum nullo legis verbo indicetur, pignorantem praedii eum non fuisse. Pignus, de quo agitur, non luitur, quare creditor jure suo utitur instituendo utilem Servianam adversus possessorem praedii oppignerati. Hic autem occurrit prima difficultas. Nam scimus quidem, quis sit, qui instituerit actionem, quia praeter creditorem nemo est, cui actoris vicibus fungi liceat. Sed quis sit, qui fugientis partes sustineat, non adeo in promtu est, ut qui dubitat quaestionis Domitianae incurrat periculum. Quum enim actio illa [81]), quam quasi Servianae utilis nomen ferre novimus [82]), in rem esse inveniatur, ejus adversus quem instituitur persona quasi incerta est. Institui potest haec actio

---

80) Contraria Warnkoenigii sententia, quam etiam Heimbach l. c. p. 218 not. probat, refutata est a Franckio l. c. p. 182.

81) Cf. de ea Rudorff in Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft vol. 13. p. 206 sqq.; Bachofen, d. röm. Pfandr. p. 48; Huschke, Zeitschr. l. c. p. 168.

82) Cf. §. 31 J. 4, 6 et §. 7 J. eodem, ubi dicitur: „*Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris juris dictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur.*“

adversus quemcunque pignoris possessorem, sive ipse pigneravit sive tertius, quum et ille qui possessionem rei pigneratae jure pignoris sibi competenti nactus est, Servianae subjiciatur, dummodo actoris jus potius est, quo casu exceptio rei, jus pignoris sibi competere, replicatione: „si non mihi ante pignoris hypothecaeve nomine sit res obligata", repellitur [83]).

Hoc solum comperimus e Papiniani verbis: reum esse *bona fide emtorem*. Sed is, qui pignori dedit, an is, qui ab illo emit? Et posteriore casu an fundum sine fructibus, an fructus sine fundo emerit, in occulto est. Quare decisionem inspicere atque inquirere debemus, quam speciem facti huic decisioni subjicere possimus. Decisio est: Fructus consumtos restituere reum cogi non posse. Ex quo constat de fructibus praedii oppignerati agi. Sed an de fructibus tantum, an de fructibus una cum praedio quaeritur? Finge priorem casum: actionem institutam esse ad persequendos fructus sine praedio et quidem:

a) adversus eum, qui praedium bona fide emit posteaque pigneravit cum fructibus.

Reus opponit exceptionem: fructus, de quibus agitur, consumtos esse. In promtu est, eum non audiri. quum id ipsum inter partes actum esset, ut fructus juri creditoris subjiciantur. Quare de hoc casu JCtum non cogitasse certum est.

---

83) l. 12 §. 4 pr. D. qui potiores. 20, 4.

b) adversus eum, qui praedium bona fide emit ab eo, qui praedium cum fructibus pignori dederat.

Sermo: „*bona fides*“ anceps quidem est, quum et eum casum, ubi emtor praedium cum fructibus pignori datum esse nesciebat, et alterum, ubi venditorem alienandi jus non habuisse ignorabat, continere possit [84]). Sed locum nostrum ad posteriorem casum pertinere, hisce docerem argumentis. Usucapionis contemplationem in Papiniani decisione magni esse momenti, certe neminem fugere potest. Nam docti sumus, pignoris causam nec usucapione perimi; cujus dicti rationem affert JCtus verbis „quaestionem pignoris ab intentione dominii separari.“ Equidem perspicua esse videtur Papiniani sententia. Quum de pignoris persecutione Serviana vel quasi Serviana quaeritur, — ait — regulae, quas sequimur, ubi intentio dominii in medio est, omnino non valent, quia jus pignoris suam propriam habet naturam; dominii intentio cessat, quum dominus definitum ad dominii persecutionem tempus supersedit aut alius rem utendo suam fecit; pignoris persecutio peculiari subjecta est praescriptioni, nec usucapione causa pignoris perimitur, quum jus in re maneat nec domini mutatione afficiatur.

Sin vero loco nostro speciem talem supponimus,

---

84) Cf. Warnkoenig l. c., qui inter recentiores omnes longe plurimam huic legi bene interpretandae navavit operam. Ejus sententiam refutare studet Wittgenstein l. c. p. 31.

quum emtor praedium pignori datum cum fructibus ignorat, frustra quaeremus, quid sibi voluerit JCtus longa usucapionis commemoratione. Nam ad praedium ipsum usucapionem trahere prohibemur, quum in dominio praedii emtor non errasset ideoque praedii dominium statim nactus esset. De usucapione fructuum autem cogitare absurdum foret, quum fructus praedii separatione statim ejus fiant, cui dominium praedii competit [85]).

Quae quum ita sint, certum videtur, bona fide emtorem eum fuisse, qui venditorem jus alienandi non habuisse ignorabat [86]). Hanc autem re vera esse verborum „bona fide emtor" in hac lege significationem, eo certius est, quum haec vulgaris eorum sit significatio [87]), et in dubio pro vulgari verborum sensu praesumendum est, sicut supra jam diximus. — In verbis „eos consumtos (sc. fructus) bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur" dubitari potest, *a quo* consumti sint fructus, ideoque hoc nobis certius faciendum est, qua de re haecce [88]): Quum regula sit, ex pignoris hypothecaeve jure adversus eum solum actionem competere, qui aut pos-

85) §. 19 Inst. de rer. div. 2, 1; l. 29 D. de pign. 20, 1; l. 2. 6 D. de acquir. dom. 41, 1; l. 48 eod. l. 4 §. 19 d. usurp. et usuc. 41, 3.

86) Eandem sententiam probant: Huschke, Zeitschr. l. c. p. 278 et 279; Backe l. c. p. 40—42; Heimbach. die Lehre von der Frucht, p. 220; Francke l. c. p. 220; Wittgenstein l. c. p. 20. Contrariam sequuntur: Janke l. c. p. 256; Gesterding l. c. p. 144; Warnkoenig l. c. p. 412, 1 et 2.

87) l. 109 d. V. S.; l. 25 §. 1 d. usurr. 22, 1.

88) Pariter Wittgenstein l. c. p. 20.

sideat aut dolo possidere desierit, in nostra tamen lege reus (b. f. emtor) nec possidere fructus (ut qui consumti esse dicantur) nec dolo eorum possessionem amisisse arguatur, manifestum est, propter has causas non potuisse in mentem venire creditori adversus illum agere, sed aliam eum proposuisse agendi causam. Videlicet si fructuum consumtio ab ipso b. f. emtore facta est, facile putaverit creditor, quando b. f. e., quamlibet ipsos fructus non possideat, ex eorum consumtione tamen lucrum perceperit, ad eos restituendos eum esse cogendum; contra si non b. f. emtor, sed alius quis fructus consumpsisset, certo certius fuisset, prorsus nullam creditori esse agendi causam, nec de tam certa re a Papiniano responsum petivisset. Quam ob rem probatum duco, de *consumtis a bona fide emtore* JCtum loqui [89]).

Sed Papiniani responsum, fructus a bona fide emtore consumtos restituendos non esse, an non abhorreat a praecepto illo, quod JCtus docet, pignus nec usucapione perimi? Sin ita res se habeat, quomodo explicanda est decisio, pignus constitutum in fructibus fructuum consumtione perimi? Quum consumtionis vis certe non sit potior usucapione et JCtus verbis: „nec usucapione causa pignoris perimi", contrarium indicet, quippe cum his verbis

---

89) Idem Cujacius dicit commentario in libr. resp. Pap. ad hanc legem (operum postumorum cura Fabroti Lutetiae 1658 editorum tom. 1. p. 479 i. f.)

naturalis sensus insit, consumtionem fructuum minime efficere posse, quod nec usucapione effici possit.

Ex hisce apparet, Papiniani decisionem speciei propositae minime congruere, quare aut decisionem aut speciem mutari necesse est. Sed quum constet auctoritatem clarissimi JCti summam exposcere in mutandis, quae ex eo descendunt, sententiis diligentiam, decisionem ipsam non mutaremus, nisi extrema necessitate coacti, quum nullus inveniatur casus, qui decisioni tali, qualis est in loco nostro, adaptari possit. Equidem non censeo ad experimentum tam violentum profugiendum esse.

Supposuimus, fructus, de quibus agitur loco proposito, illos esse, quos venditor praedii nominatim pignori dederat. Sed an necesse sit JCtum de his solis cogitasse, quaeritur. Obveniunt plures casus: Fructus enim a bona fide emtore consumti possunt esse:

1) Fructus a venditore percepti emtorique una cum praedio vel sine praedio traditi,
2) Fructus a venditore sati vel apud venditorem nati, ita ut praedio tradito cohaereant,
3) Fructus ab alio quam venditore vel sati vel percepti.

Constat, casum primum et secundum, quum venditor ille ipse sit, qui fructus praedii nominatim pignoravit, simili modo a Papiniani decisione abhorrere, quia fructus nominatim pignerati, consumtione a bona fide emtore facta pignoris causae minime

sustrahi possunt. Quare alterum atque alterum casum in medio relinquamus. Superest tertius: Fructus a bona fide emtore consumti vel ab ipso vel ab alio praeter venditorem fundi sati erant. Cui similis videtur esse casus, quum fructus a bona fide emtore consumti apud alium quam venditorem, sive apud ipsum[90]) emtorem sive apud quemquam alium nati erant.

Si hunc casum decisioni Papiniani subjicimus, JCti sententia in hisce contineretur verbis: ,,Quod dicitur, pignoris causam nec usucapione perimi, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur, adeo quidem verum est, ut fructus a debitore sati vel apud ipsum nati posteaque cum re frugifera bona fide emtori traditi pignori ab ipso debitore constituto subjiciantur, licet emtor eos perceperit et consumpserit. Alia vero est fructuum ratio, quos neque satos neque natos apud debitorem invenies, nam quum nunquam debitoris fuerint, de his fructibus inutile foret quaerere, an usucapione vel consumtione pignus in illis constitutum perimatur. Quis est enim qui nesciat, res, quae debitoris non sunt, pignori dari non posse? Sed quid? si exstent fructus litis inchoatae tempore? anne fieri potest, judicem de his fructibus arbitrari debere? Finge,

90) Glossa necessarium putat fingere, fructus in lege nostra non solum separatos apud b. f. e., sed etiam satos apud eum esse, quod si apud ipsum dominum pignorantem praedii venditi tempore jam sati fuissent, pignoris juri eos obnoxios restituendosque fuisse. Ceterum glossae interpretatio ab ea, quam nos probamus, non adeo abhorret, quin generalem legis sententiam recte contineat.

praedium non sufficere ad debitum redigendum. Et certe, si extent tempore memorato, officio judicis contineretur, fructuum condemnare possessorem, etsi pignoris jure non teneantur; nam condemnatio fructuum exstantium, si res non sufficit, nihil commune habet cum jure pignoris. Itaque, quod dixi, bona fide emtorem utili hypothecaria fructus restituere cogi non posse, adeo quidem verum est, ut fructus consumti nunquam veniant in judicium [91]) de hac actione. Dissimile est in fructibus exstantibus [92]), qui quamquam pignoris jure non teneantur, officio judicis redigendi debiti causa continentur [93]).“

Itaque Marciani decisionem et Papiniani responsum eodem niti fundamento, utrumque locum illum continere intellectum, ut declaretur, quomodo inter se habeant intentio hypothecariae actionis et officium judicis de hac actione cognoscentis, nostra quidem sententia dubitari non potest.

---

91) Cf. Vangerow, Pandecten (1863) I. p. 823.

92) Prae ceteris mira Gothofredi commentatio, qui ex verbis „quod in fructibus dissimile est“, huncce colligit sensum: fructus, ut qui nunquam debitoris fuerint, facilius usucapi posse quam rem ipsam, ideoque, quamquam non in ipso praedio, in fructibus tamen pignoris causam usucapione peremtam esse, mirum enim non esse, si, quod nunquam debitoris fuerit, id creditor facile amittere potuerit. (cf. de hac interpretatione Wittgenstein l. c. p. 28). Similiter etiam Cujacius opp. post. tom. 1. p. 481.

93) Alias vero hujus legis et ab ea, quam nos probare conati sumus, et inter se differentes interpretationes invenies apud Wittgensteinium l. c. p. 27. Inde praesertim nascitur differentia, quod verborum „*bon. fid. emt.*“ alii alium credunt esse sensum.

Quae quum ita sint, juris consequentia exposcit doctrinam illam deserere, qua fructus rei frugiferae tacite pignoris jure teneri contenditur. Namque apparet e Papiniani et Marciani decisionibus, fructus a bona fide possessore consumtos, etsi nominatim pignori eos esse convenisset, in eadem causa esse, ac si de fructibus agatur, qui nunquam debitoris fuerunt, quippe quum neque horum neque illorum fructuum jure pignoris condemnatio fieri possit. Sed contrarium obtinere deberet, si illam, quam falsam esse persuasum nobis habemus, doctrinam de tacita pigneratione fructuum secuti essent JCti Romani. Quum enim jus pignoris nec usucapione perimi constet nec consumtione fructuum, necessario judex, qui de hypothecaria actione cognoscit, fructuum, qui tacita quadam pactione pignorati essent, licet consumti sint, condemnare deberet.

Adhuc perlustravimus, num conventione, qua in re frugifera pignus vel hypotheca constituitur, efficiatur, ut etiam in fructibus post conventionis tempus ab ea separandis pignoris hypothecaeve jus tacite oriatur. Superest ut videamus, utrum, quae de fructibus rei conventione pignoratae valere ostendimus, etiam ad cetera pignorum genera (legale, judiciale, mortis causa datum) referenda sint. Quum in conventionali pignore, si quis in re frugifera pignus constituit, ex ejus voluntatis interpretatione secundum leges non concludendum sit, tacite fructus quoque illius eum pignorasse, idem in pignore mortis causa dato dicendum esse videtur, si recte de-

functi testatoris voluntatem interpretare volumus [94]). Ipsae porro leges quum ex conventionali rei frugiferae pignoratione colligant, de fructibus quoque pignorandis pignorantem non sensisse, apparet, ipsas leges, si in re frugifera pignus constituant, nihil aliud statuere, in legali igitur pignore rei obligatae fructus non pignoratos esse. Nec aliter res se habet quum judex pignoris jus constituat, quia eandem securitatem eo praestare vult, quam quisque privatus homo conventionibus concedere solet. Haec autem confirmantur iis, quae ex lege 16 §. 4 de fructibus judicis de re frugifera pignorata officio restituendis collegimus, quum l. 16 §. 4 cit. de pignore in genere, neque vero de solo conventionali loquatur.

Secundum quae, quod diximus, fructus rei pignoratae, nisi nominatim pignorati sunt, hypothecaria actione peti non posse, etiam in ceteris pignorum generibus valet.

Quod vidimus in legibus non constitui fructus rei pignoratae tacite cum re frugifera pigneratos esse, firmatur, si fructuum naturam accuratius inspiciamus [95]). Videlicet quum nemo non ignoret, fructuum eam esse naturam, ut omnis eorum utilitas in consumtione versari soleat: is, qui praedium pignoravit, si fructus quoque tacito pignoris jure tenerentur, in duriorem duceretur conditionem.

94) l. 24 D. d. reb. dub. 34, 5: „Quum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.“

95) Janke l. c. p. 235.

Juris enim consequentia exposceret, ut propterea quod post quoddam tempus creditor, si neque ei solutum neque satisfactum est, fructus hypothecaria actione consequi posset, debitor a consumtione, cui secundum naturam subjici solent, interim prorsus se abstineret; omnis igitur fructuum utilitas hoc temporis spatio pignoris gratia ei periret. Quod quum accipere vix liceat atque debitoris jus fructus consumendi potius putandum sit quam securitas creditori praestanda [96]), auctores illius sententiae, fructus una cum re pignoratos esse, pignorantis eam in conveniendo censent voluntatem credendam esse, ut fructus salvo jure consumtionis pignorati sint et dum demum de iis agere possit creditor, quum constet, ex rei frugiferae pretio totum debitum redigi non posse, rem frugiferam non sufficere. Quamvis enim regula sit creditoris, qui plures pignori accepit res, arbitrio permitti, quibus ex iis velit distractis debitum suum consequi [97]), in nostro tamen casu, in quo quidquid pignorum creditor habeat, ex pignoratitia conventione nactus sit, hanc ejus facultatem cessare, quum conventionis interpretatio doceat [98]), pignorantem illud creditoris arbitrio non permisisse. Sicut enim, quum pignerator praeter speciale aliquod pignus generale dederit,

---

96) Huschke, Von der Verpfändung der Sache, deren Eigenthümer man nicht ist. Archiv für civilr. Praxis. XX. p. 274 i. f.

97) l. 8 D. d. pign. 20, 5.

98) Wittgenstein l. c. p. 85.

creditor compellitur, ut prius speciale pignus persequatur[99]) ita etiam in nostro casu hoc valere, quum praeter speciale rei frugiferae etiam generale[100]) fructuum ex ea separandorum pignus sit concessum. — Hanc autem conventionis interpretationem non justam esse, ex ipsis argumentis, quibus nituntur, deduci potest. Concedunt enim debitorem fructus specialiter obligaturum non fuisse, quum in usum quotidianum eos adhibere, necesse sit. Neque vero licet credere generaliter eos esse obligatos, nam constat generali obligatione ea non contineri, quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse, sive quae in usum quotidianum habentur[101]).

Quae quum ita sint, id quod diximus: fructus rei pignoratae nominatim non pignoratos hypothecaria actione peti non posse, ut legibus probatur, ita etiam fructuum naturae maxime consentaneum est.

99) Zimmern in Zeitschr. für Civilr. und Proc. vol. I. p. 47—49. Vangerow Pand. I. §. 389. Anm. 2a.

100) Cf. Puchta Instit. vol. II. §. 250 l. id. Pand. §. 195 h.

101) l. 6 l. 7 l. 8 de pign. 20, 1.

VITA.

Natus sum Joannes Paulus Broicher in praedio quod dicitur Frohnhof, prope Langelonum, vicum provinciae Rhenoborussicae, die XX. mensis Februarii a. MDCCCXLIV. patre Josepho, matre Agnete e gente de Ballig, cujus iam dudum morte mihi ereptae piam colo memoriam. Fidei sum addictus catholicae. Litterarum primordia in domo paterna doctus, decem annos natus in classem quintam gymnasii Coloniensis ad St. Marcellum sum receptus, in quo per quatuor annos et dimidium liberalibus artibus operam navavi; deinde medicorum consilio urbe relicta ad valetudinem firmandam per annum ruri versatus sum. Sequenti anno Coloniam reversus in Gymnasio Friderico-Guilelmio studia intermissa recepi atque persolvi auspiciis rectoris W. Herbst, qui et ipse nec non praestantissimi viri professores Hoss et G. Pfarrius, quantum de me meruerint, grato animo quin hoc loco laudem facere non possum. Tum maturitatis testimonio ornatus mense Oct. a. MDCCCLXIII Bonnam, almam litterarum matrem Rhenanam me contuli, ubi ab. Ill. Bauerbandio, tunc fasces academicos tenente, civium accademicorum numero legitime adscriptus, apud Ill. Walter, facultatis juridicae spectatissimum decanum, nomen rite professus sum. Scholis autem per annum interfui:

Ill. Haelschner: de jure naturae seu philosophia juris de jure gentium seu internationale.

Ill. Knoodt: de logice.

Ill. Sell: de juris Romani historia, de institutionibus, d commentario secundo institutionum Gajanarum interpretando.

Ill. Walter: de encyclopaedia et methodologia juris, d imperii Germanici historia juris, de jure canonic et ecclesiastico tam catholicorum quam evangelicorum

Secundum annum, quo operam studiis juridicis dedi, Heidelbergae peregi, ubi, quum ab Ill. rectore Haeusser inte almae Ruperto-Carolinae civis receptus apud Ill. Mittermaier, amplissimi Jureconsultorum ordinis tum decanun nomen dedissem, clarissimos audivi viros docentes:

Ill. Bluntschli: doctrinam de re publica seu politicam

Clar. Puchelt: medicinam forensem.

Ill. Renaud: jus privatum Germanicum, jus feudale, ju commercii, cambiale et maritimum.

Ill. de Vangerow: Juris Romani historiam, pandecta juris civilis et jus hereditarium.

Deinde Berolinum me contuli, ubi ab Ill. de Langenbeck, rectore magnifico, civibus universitatis litteraria Fridericae Guilelmae legitime adscriptus apud decanum maxim spectabilem Ill. Heydemann nomen professus sum.

Audivi disserentes per semestre:

Ill Gneist: de processu civili secundum praecepta juri communis et Borussici, de historia juris Anglici.

Ill. ab Holtzendorff: de jure criminali communi e Borussico, de poena capitis.

Ill. Heffter: de jure publico Germanorum.

Ad persolvenda demum studia tempore paschali anni LXV almam literarum sedem Gryphicam petii ibique ab Ill. Baumstark, fasces academicas tenente, in numerum civium academicorum receptus, apud Ill. Wieding, facultatis juridica

spectatissimum decanum, nomen rite professus sum. Lectionibus interfui virorum doctissimorum:

Ill. Franklin: de jure civili Borussico ejusque historia, de imperii Germanici historia juris.

Ill. Wieding: de processu criminali secundum praecepta juris communis et Borussici.

In exercitationibus seminarii juridici studiorum duces praestantissimos habui viros: Ill. Bekker jus Romanum, Ill. Franklin jus privatum Germanicum, Ill. Wieding processum tam civilem quam criminalem examinando.

Quanta viri celeberrimi adjumenta mihi studiorum praebuerint, quantaque in me contulerint beneficia, nunquam in oblivionem mihi abibunt, sed non aliter quam verbis gratias iis agere me posse quam maximas, valde doleo.

Triennio nondum absoluto, venia propter inopportunitatem temporum ex ministeriali rescripto juris studiosis data usus, dissertationem de fructibus rei pignoratae jam antea conscriptam Ill. Jureconsultorum ordini Gryphiswaldensi tradidi, ut ad examen doctorale admitterer. Quo superato die XXX. mensis Junii anni LXVI h. s. ex illustrissimi hujus ordinis consulto et decreto summos in utroque jure honores adeptus sum. Restat ut Ill. Jure consultorum ordini, cujus constans et egregia erga me fuit humanitas et liberalitas, publice gratias agam quam maximas.

THESES.

I.

Fructus rei pignoratae non tacite pignorati sunt.

II.

Conditio tam mutandae quam non mutandae religionis, nisi aliud quid accedat, turpis non est.

III.

Quae dicitur autonomia in jure Germanico non existit.

IV.

Capitis supplicium potius intra muros quam in publico sumendum est.

V.

Interventio principalis in processu civili non vera interventio est.